



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE  
CONTEMPORANEO

---

Fascicolo  
**1/2019**

**DIRETTORE RESPONSABILE** Gian Luigi Gatta  
**VICE DIRETTORI** Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

**COMITATO DI DIREZIONE** Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

**REDAZIONE** Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Francesco Lazzeri, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

**COMITATO SCIENTIFICO** Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

**Diritto Penale Contemporaneo** è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

#### **Peer review.**

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

#### **Modalità di citazione.**

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.



1/2019

## IL CONSEIL CONSTITUTIONNEL “DÀ VITA” AL PRINCIPIO DI FRATERNITÉ

Nota alla [décision n. 2018-717/718 QPC del 6 luglio 2018](#)

di Umberto G. Zingales <sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La pronuncia del *Conseil Constitutionnel*. – 3. L’attribuzione di una concreta efficacia al principio di *fraternité*. – 4. Osservazioni conclusive.

### 1. Introduzione.

La *décision* n. 2018-717/718 QPC del *Conseil Constitutionnel* merita di essere considerata con particolare attenzione, da un lato, per il concreto riconoscimento del principio di *fraternité* e per le sue conseguenze sulla conformità a Costituzione della legislazione ordinaria; dall’altro, per la tematica affrontata, di estrema attualità, relativa alla normativa sull’ingresso degli stranieri, sulla loro circolazione e sul soggiorno nel territorio nazionale<sup>1</sup>.

La pronuncia trae origine dalla *saisine* dell’11 maggio 2018 della Corte di cassazione penale (*arrêts* nn. 1163 e 1164), con la quale sono state poste due questioni prioritarie di costituzionalità, relative alla conformità ai diritti e alle libertà garantite dalla Costituzione francese degli articoli L. 622-1 e L. 622-4<sup>2</sup> del *code de l’entrée et du séjour*

---

<sup>(\*)</sup> Le opinioni espresse sono a titolo personale e non impegnano in alcun modo l’Istituzione di appartenenza (Corte costituzionale). Desidero ringraziare il Prof. Francesco Viganò per i suggerimenti e le osservazioni ad una prima versione di questo scritto.

<sup>1</sup> Tra i primi commenti alla decisione: A. GATTI, *La fraternité da valore a principio. Considerazioni sulla sentenza del Conseil constitutionnel francese del 6 luglio 2018*, in *federalismi.it*, 29 ottobre 2018; M. DAICAMPI, *Emersione di un principio costituzionale: il Conseil Constitutionnel su fraternité e azioni umanitarie a favore dei migranti*, in *Casi e Questioni – DPCE on line*, 2018/3.

<sup>2</sup> Si riportano i testi degli articoli richiamati:

art. L. 622-1: «*Sous réserve des exemptions prévues à l’article L. 622-4, toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l’entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d’un étranger en France sera punie d’un emprisonnement de cinq ans et d’une amende de 30 000 euros.*

*Sous réserve des exemptions prévues à l’article L. 622-4, sera puni des mêmes peines celui qui, quelle que soit sa nationalité, aura commis le délit défini au premier alinéa du présent article alors qu’il se trouvait sur le territoire d’un État partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 autre que la France.*

*Sous réserve des exemptions prévues à l’article L. 622-4, sera puni des mêmes peines celui qui aura facilité ou tenté de faciliter l’entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d’un étranger sur le territoire d’un autre État partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990.*



1/2019

*des étrangers et du droit d'asile* (di seguito: *Code*), nella versione modificata dalla *Loi* n. 2012-1560 del 31 dicembre 2012 (c.d. "*Loi Valls*")<sup>3</sup>.

In sintesi, le disposizioni oggetto d'esame (riportate per intero alla nota 2)<sup>4</sup> prevedono come reato, punibile con la pena di cinque anni di reclusione e con una sanzione pecuniaria di 30.000,00 euro (art. L. 622-1), il fatto di aiutare direttamente o indirettamente uno straniero ad entrare, circolare o soggiornare irregolarmente in Francia (si tratta del comunemente denominato, in senso atecnico, *délit de solidarité*<sup>5</sup>). Tuttavia, sono stabiliti (art. L. 622-4) vari casi di esclusione della punibilità per coloro che siano imputati di aver aiutato uno straniero a soggiornare irregolarmente nel territorio nazionale. In particolare, non è punibile la condotta in questione se posta in essere da un familiare dello straniero o da un suo affine o comunque da chi vive in «*situation maritale*» con lui. È inoltre esclusa la punibilità quando l'aiuto al soggiorno irregolare non abbia dato luogo ad alcuna contropartita diretta o indiretta e sia consistito nel fornire consigli giuridici o vitto, alloggio o cure mediche destinate ad assicurare condizioni di vita dignitose allo straniero, ovvero per preservare la sua dignità o integrità fisica.

Il primo dei ricorrenti (Cédric H.) era stato condannato, sia in primo grado che in appello, alla pena di quattro mesi di reclusione (con sospensione della pena) per aver preso in carico, come "portavoce" di diverse associazioni umanitarie locali, alcuni migranti in situazioni irregolari. La Corte d'appello gli aveva negato l'applicazione delle cause di non punibilità sulla base del fatto che l'assistenza fornita non era destinata ad offrire loro soltanto vitto, alloggio o altre cure, o per preservare la loro integrità fisica

---

*Sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 622-4, sera puni de mêmes peines celui qui aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sur le territoire d'un État partie au protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, signée à Palerme le 12 décembre 2000.*

*Les dispositions du précédent alinéa sont applicables en France à compter de la date de publication au Journal officiel de la République française de ce protocole».*

Art. L. 622-4: «*Sans préjudice des articles L. 621-2, L. 623-1, L. 623-2 et L. 623-3, ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L. 622-1 à L. 622-3 l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait:*

- 1° Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint;*
- 2° Du conjoint de l'étranger, de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui, ou des ascendants, descendants, frères et sœurs du conjoint de l'étranger ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui;*

- 3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci.*

*Les exceptions prévues aux 1° et 2° ne s'appliquent pas lorsque l'étranger bénéficiaire de l'aide au séjour irrégulier vit en état de polygamie ou lorsque cet étranger est le conjoint d'une personne polygame résidant en France avec le premier conjoint».*

<sup>3</sup> La *Loi* del 2012 ha tra l'altro abrogato il delitto di "soggiorno irregolare" dello straniero sul territorio francese.

<sup>4</sup> Per una accurata ricostruzione anche storica della legislazione in questione si rinvia al *Commentaire* pubblicato sul sito del *Conseil Constitutionnel* a questo [link](#).

<sup>5</sup> Su cui si veda S. SLAMA, *Délit de solidarité: actualité d'un délit d'une autre époque*, 2017, a questo [link](#).

ovvero per elargire meri consigli giuridici. Le azioni di Cédric H., invece, si iscrivevano, più in generale, come da lui stesso riconosciuto, in una più ampia strategia di assistenza “attiva” in favore degli stranieri, al fine di non farli incorrere nelle disposizioni sanzionatorie previste dalle leggi sull’immigrazione.

Il secondo ricorrente (Pierre-Alain M.) era stato condannato in appello alla pena di due mesi di reclusione (sempre con sospensione) per aver trasportato tre migranti ed aver fornito loro alloggio presso di lui. La Corte d’appello, anche in questo caso, aveva ritenuto di non applicare le cause di esclusione della punibilità per motivi analoghi a quelli esposti con riferimento al primo ricorrente.

I ricorrenti hanno tra l’altro lamentato che le disposizioni sopra citate fossero contrastanti con il principio di *fraternité*, sia per il motivo che l’esenzione da pena ivi prevista fosse applicabile solo al caso dell’aiuto al soggiorno irregolare (e non anche all’aiuto all’entrata e alla circolazione irregolari), sia perché non fosse affatto prevista una causa generale di non punibilità nei casi di aiuto per il soggiorno irregolare compiuti attraverso atti esclusivamente umanitari senza alcuna contropartita diretta o indiretta.

## 2. La pronuncia del *Conseil Constitutionnel*.

Tenuto presente il quadro normativo di riferimento ed i fatti emersi nei giudizi *a quibus*, il *Conseil* ha innanzitutto considerato che il motto della Repubblica francese, secondo quanto previsto dall’art. 2 della Costituzione, è “*Liberté, Égalité, Fraternité*”, e che la stessa Costituzione – nel preambolo e nell’art. 72-3 – si riferisce espressamente al comune ideale della *liberté, égalité e fraternité*.

Da tali, peraltro non equivoci, riferimenti normativi il *Conseil* deduce che la *fraternité* è un principio di valore costituzionale, dal quale – per quel che qui rileva – discende la libertà di aiutare gli altri, a fini umanitari, indipendentemente dalla regolarità della loro presenza sul territorio nazionale. Il principio di *fraternité* entra così a pieno titolo nel *bloc de constitutionnalité*.

Ovviamente, precisa il *Conseil*, da un lato non esiste alcun principio né alcuna regola di valore costituzionale che assicuri agli stranieri dei diritti di carattere generale e assoluto di accesso e soggiorno sul territorio nazionale; dall’altro, occorre considerare che il contrasto all’immigrazione irregolare è un obiettivo che rientra nella salvaguardia dell’ordine pubblico, che costituisce a sua volta una finalità (*objectif*) di valore costituzionale. Spetta quindi al legislatore trovare la conciliazione, il giusto bilanciamento tra il principio di *fraternité* e la salvaguardia dell’ordine pubblico.

Peraltro, questo bilanciamento va effettuato distinguendo ragionevolmente le diverse fattispecie: l’aiuto al soggiorno irregolare o alla circolazione dello straniero non costituisce un aiuto alla commissione di un delitto, dal momento che – nell’ordinamento francese – il soggiorno irregolare non è più previsto come reato<sup>6</sup>, né lo è la circolazione

---

<sup>6</sup> In seguito all’abrogazione disposta dalla *Loi* n. 2012-1560 del 31 dicembre 2012.

dello straniero; mentre, all'inverso, non v'è dubbio che il favorire l'ingresso clandestino si traduce in un aiuto alla commissione di un illecito penale<sup>7</sup>.

Il *Conseil* ha osservato che: *a*) nelle disposizioni esaminate l'esenzione da pena è prevista solo per l'aiuto al soggiorno irregolare dello straniero, non rientrando tra i casi di esclusione della punibilità il favorire l'ingresso o la circolazione irregolari, quali che siano le relative finalità; *b*) tuttavia, l'aiuto apportato allo straniero volto a favorirne la circolazione non ha come conseguenza necessaria – come nel caso dell'ingresso – quella di far nascere una situazione illecita; *c*) pertanto il legislatore, nel reprimere tutti gli aiuti alla circolazione dello straniero che versi in situazione irregolare, ivi compresi quelli che siano per così dire "accessori" all'aiuto al soggiorno, sempre che siano motivati da ragioni umanitarie, non ha assicurato un equo temperamento tra il principio di *fraternité* e l'obiettivo di valore costituzionale della salvaguardia dell'ordine pubblico.

La decisione del *Conseil* è dunque nel senso di considerare legittima la distinzione operata dal legislatore tra l'aiuto all'ingresso irregolare (penalmente rilevante) e quello al soggiorno irregolare (ormai depenalizzato), mentre per quanto attiene all'aiuto alla circolazione irregolare – i cui contorni, peraltro, risultano piuttosto sfumati anche in giurisprudenza<sup>8</sup> – ha affermato che tale atto, in quanto "accessorio" all'aiuto al soggiorno, non può essere ritenuto punibile ove abbia una ragione umanitaria.

Per tali motivi il *Conseil* ha dichiarato contrarie a Costituzione le parole «*au séjour irrégulier*» contenute nel primo comma dell'art. L. 622-4 del *Code*, le quali appunto limitano la non punibilità all'aiuto al soggiorno irregolare per motivi umanitari.

Gli effetti della declaratoria di incostituzionalità (*id est*, l'abrogazione delle disposizioni incostituzionali) sono stati posticipati dallo stesso *Conseil* al 1° dicembre 2018, in applicazione di quanto previsto dall'art. 62 (secondo alinea) della Costituzione francese<sup>9</sup>, fermo restando – da un lato – che della decisione deve immediatamente beneficiare il ricorrente; dall'altro, che le disposizioni dichiarate contrarie a Costituzione non possono essere applicate ai giudizi in corso alla data di pubblicazione della sentenza.

Per quanto attiene, poi, ai casi di limitazione delle previsioni delle cause di non punibilità, il *Conseil*, sulla base di una interpretazione letterale, ha osservato che: *a*) solo le condotte consistenti in "consigli giuridici" beneficiano di una esenzione da pena quale che sia la finalità perseguita; *b*) se l'aiuto si concretizza in una prestazione di vitto, alloggio o cure mediche, l'autore della condotta non è soggetto a sanzione penale solo se

<sup>7</sup> Anche se occorre comunque considerare l'art. 122-7 del codice penale francese, sullo stato di necessità, secondo cui deve escludersi dalla punibilità penale chi aiuti qualcuno all'ingresso irregolare se tale atto, tenuto contro di un pericolo attuale o imminente, è necessario alla salvaguardia della persona. Nella legislazione italiana (art. 12, comma 2, del d.lgs. n. 286 del 1998) è previsto che «*Fermo restando quanto previsto dall'articolo 54 del codice penale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato*».

<sup>8</sup> M. SEGONDS, *Étrangers, J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 20, 2016, 27.

<sup>9</sup> Secondo cui «*Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause*».

la prestazione è destinata ad assicurare «*des conditions de vie dignes et décentes*» allo straniero; c) la causa di non punibilità non è prevista per altri atti se non quando mira a preservare la dignità o l'integrità fisica dello straniero.

Tuttavia, osserva il *Conseil*, queste disposizioni non possono che essere interpretate alla luce del principio di *fraternité*, dovendosi quindi ritenere che esse trovino applicazione anche ad ogni altra forma di aiuto fornito per ragioni umanitarie. È solo con questa "riserva interpretativa" (assimilabile ad una "interpretativa di rigetto") che, secondo il *Conseil*, il legislatore in tal caso non ha operato un bilanciamento manifestamente squilibrato tra il principio di *fraternité* e l'obiettivo di valore costituzionale della salvaguardia dell'ordine pubblico.

### 3. L'attribuzione di una concreta efficacia al principio di *fraternité*.

La pronuncia n. 2018-717/718 QPC del *Conseil* offre importanti spunti di riflessione e va probabilmente considerata come un punto di partenza per futuri sviluppi della giurisprudenza costituzionale francese verso il riconoscimento della forza espansiva dei principi e della loro capacità di guidare l'interpretazione delle regole.

Per la prima volta l'organo della giustizia costituzionale francese si è espresso sul valore (giuridico e) costituzionale del principio di *fraternité*: il che può sembrare ovvio, essendo il noto motto della Repubblica proclamato all'art. 2 della Costituzione<sup>10</sup>. Meno ovvio – almeno in un Paese, come la Francia, che fino a 10 anni fa non conosceva una forma di controllo di costituzionalità *a posteriori* e in concreto<sup>11</sup> – è il riconoscere una portata effettiva a questo principio, facendolo "vivere" nella giurisprudenza

---

<sup>10</sup> Ma tanto ovvio non è, se si considera – come ricorda F. BRUNO, *Il principio di fraternité: dalle costituzioni francesi del periodo rivoluzionario alla Costituzione della V Repubblica*, in A. Cosseddu (a cura di), *I sentieri del giurista sulle tracce della fraternità*, Giappichelli, Torino, 2017, 9 (nota 38) – che l'introduzione generale del III Congresso dell'*Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français* (ACCPUF), svoltosi ad Ottawa nel giugno 2003, aveva come titolo: «*La fraternité, concept moral ou principe juridique?*».

<sup>11</sup> Per riferimenti: M. CALAMO SPECCHIA, *Il Conseil Constitutionnel e lo sviluppo della giustizia costituzionale in Francia*, in L. Mezzetti (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 2009, 175 ss., la quale ricorda che le ragioni per cui la Francia, fino alla V Repubblica, «non ha conosciuto forme istituzionalizzate di garanzia costituzionale contro le violazioni promananti dal legislatore [...] sono certamente riconducibili al periodo rivoluzionario, quando a partire dal 1789, si afferma, da un lato, la messa al bando del *gouvernement des juges* [...]; e, dall'altro, il radicarsi delle teorie illuministiche di Montesquieu e di Rousseau che vedevano nella legge rispettivamente il prodotto della ragione umana e l'espressione della volontà generale, posta a fondamento del principio di legalità e che giungeva a identificare legge e diritto con conseguente subordinazione alla legge dell'attività dei poteri esecutivo e giurisdizionale» (175-176). Si vedano anche R. BIAGI, *L'"anomalia" francese. Il Conseil constitutionnel tra continuità e rinnovamento*, in Ead., *La Costituzione francese tra continuità e innovazione*, Giappichelli, Torino, 2011, 105 e ss.; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 11e édition, 2016; L. FAVOREU E AL., *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 19e édition, 2017, 301 ss.; S. BENVENUTI, *La via francese alla giustizia costituzionale: ideologia, politica e dialogo tra Corti*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016; M. VERPEAUX, *Le Conseil Constitutionnel, une jurisdiction pas comme les autres*, in *Revue politique et parlementaire*, n. 1085-1086, 2018, 133 ss.

costituzionale<sup>12</sup> e traendone importanti conseguenze interpretative sul piano della conformità delle regole legislative a Costituzione.

A ben vedere, infatti, resterebbe una mera tautologia procedere ad enunciare che la *fraternité* è un principio di valore costituzionale se non si procedesse oltre, come pure ha fatto il *Conseil*, riconoscendo che è sulla base di quel principio che va interpretata una normativa vigente (in questo caso, quella del *Code*) o riscritta una nuova<sup>13</sup>.

Meno convincente sembra, peraltro, mettere quasi sullo stesso piano due principi, entrambi ritenuti dal *Conseil* “di valore costituzionale”: la *fraternité*, da una parte, e la salvaguardia dell’ordine pubblico, dall’altro. La prima, infatti, dovrebbe rivestire il rango di “principio supremo” della Repubblica, a maggior ragione in quanto iscritto nella “*devise de la République*”, mentre il secondo sembra piuttosto essere un mero obiettivo<sup>14</sup>, comune del resto a qualsiasi ordinamento statale, ma non tale da conformarne l’essenza o definirne i caratteri propri.

In ogni caso, si tratta di due “principi” che vanno giustamente temperati, bilanciati, prima di verificare se una determinata regola risponda ragionevolmente alle esigenze superiori dalle quali discende.

Il che costituisce proprio il compito dei giudici costituzionali, la cui tipica funzione si risolve essenzialmente in un giudizio di ragionevolezza e bilanciamento di principi<sup>15</sup>.

Se non mancano manifestazioni di deferenza verso il legislatore, sono anche chiari i segnali rivolti a quest’ultimo sui poteri e sugli ambiti del controllo di costituzionalità, anche in materia penale: così, ad esempio, il *Conseil* afferma che – ferma restando la discrezionalità del legislatore nello stabilire se un dato fatto sia da considerare reato e quale pena debba essere applicata per la sua commissione – è suo

<sup>12</sup> Nella dottrina francese non si può non tener conto della fondamentale opera di M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l’avenir de la solidarité*, LGDJ, Paris, 1993. Si veda altresì G. CANIVET, *La fraternité dans le droit constitutionnel français*, in *Responsabilité, fraternité et développement durable en droit. En mémoire de l’honorable Charles Doherty Gonthier*, LexisNexis, 2012, 465-466: «*la devise républicaine est une composante de la souveraineté, c’est-à-dire un élément propre au système normatif national, une condition de la légitimité du pouvoir; c’est l’idéal que le peuple français assigne aux pouvoirs constitutionnels, le souffle inspirateur, l’âme, la force impulsive des institutions, une sorte de constitutionnalité supérieure pour ne pas parler de supra-constitutionnalité [...] l’idée selon laquelle la fraternité se révélerait incapable de légitimer et de fonder des droits et obligations juridiquement contraignants est démentie aussi bien par l’analyse historique que par la théorie juridique*». Nella letteratura italiana si veda di recente: F. BRUNO, *Il principio di fraternité: dalle costituzioni francesi del periodo rivoluzionario alla Costituzione della V Repubblica*, cit.

<sup>13</sup> Cfr. M. BORGETTO, *Sur le principe constitutionnel de fraternité*, in *RDLF (Revue de Droit et libertés fondamentaux)*, 2018, chron. n. 14, [www.revuedelf.com](http://www.revuedelf.com): «*Compte tenu tout à la fois de sa présence au sein de la devise nationale, de l’insertion de celle-ci au sein de la Constitution et de la référence expresse qui y est faite dans certaines dispositions de celle-ci, la fraternité peut et doit donc se saisir, dans cette perspective, comme un principe à part entière du droit public français, ayant vocation à inspirer et à légitimer un certain nombre de solutions dans plusieurs domaines bien déterminés*».

<sup>14</sup> Sugli *objectifs de valeur constitutionnelle*, in sintesi, si rinvia a P. PASSAGLI, *La Costituzione dinamica. Quinta repubblica e tradizione costituzionale francese*, Giappichelli, Torino, 2008, 205-208.

<sup>15</sup> Cfr. V. BARSOTTI, P.G. CARROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford University Press, 2016, 74 ss.

compito assicurare l'assenza di sproporzione manifesta tra l'infrazione commessa e la pena comminata<sup>16</sup>.

Restano ben evidenziati i distinti ruoli del *Conseil* e del legislatore: il primo non invade direttamente la sfera di competenza del secondo, ma – nel dichiarare una normativa non conforme a Costituzione e nel differirne gli effetti nel tempo – indica altresì i principi e i criteri ai quali il legislatore dovrebbe conformarsi nell'adeguarsi doverosamente alla pronuncia del *Conseil*, dettando anche i tempi dell'attività parlamentare<sup>17</sup>.

Si tratta di ruoli ben chiari a tutte le Corti costituzionali, anche se differenti possono essere le modalità di relazionarsi con il legislatore e di intervenire sulle norme dichiarate incostituzionali. In un caso simile, ad esempio, la Corte costituzionale italiana avrebbe potuto emettere una sentenza additiva, dichiarando l'incostituzionalità della disposizione censurata nella parte in cui non prevede che debbano essere non punibili gli atti volti ad aiutare lo straniero a circolare sul territorio, sempre che siano "accessori" all'aiuto al soggiorno irregolare, manipolando direttamente la disposizione al fine di renderla conforme a Costituzione.

Il *Conseil*, invece, sembra rispettare dei confini più rigidi, laddove afferma di non poter dare indicazioni al legislatore per rimediare alla dichiarazione d'incostituzionalità<sup>18</sup>. Non utilizzando le "tecniche manipolatorie" (pronunce additive), l'organo della giustizia costituzionale francese si trova nella situazione di dover rinviare l'effetto della decisione di incostituzionalità (possibilità prevista dalla stessa Costituzione francese)<sup>19</sup>, al fine di non creare una situazione di vuoto normativo con la caducazione totale delle norme in contestazione e con effetti che andrebbero ben al di là delle esigenze richieste dal caso (comprendendo, cioè, tra i casi di esenzione dalla pena, oltre all'aiuto alla circolazione ove "accessorio" al soggiorno irregolare, anche l'aiuto all'ingresso irregolare)<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Si vedano i punti 16, 17 e 18 della decisione in commento. Si riporta, in particolare, il punto 18: «*L'article 61-1 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen. Si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue*».

<sup>17</sup> Cfr. T. DI MANNO, *La QPC, une question incidente de constitutionnalité «à la française»*, in C. Decaro, N. Lupo, G. Rivosecchi (a cura di), *La «manutenzione» della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Atti del seminario di Roma, 18 novembre 2011, Giappichelli, Torino, 2012, 28.

<sup>18</sup> Si veda il punto 23: «*Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement. Il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications qui doivent être retenues pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée*».

<sup>19</sup> Pur non essendo prevista nella Costituzione italiana, la Corte costituzionale – di recente (ordinanza n. 207 del 16 novembre 2018) – ha adottato uno schema per certi versi analogo a quello francese, «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale», dando sostanzialmente un termine al legislatore per provvedere e fissando un congruo rinvio per il giudizio di costituzionalità in corso (si tratta del c.d. "caso Cappato").

<sup>20</sup> Ancora il punto 23: «*En l'espèce, l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait pour effet d'étendre les exemptions pénales prévues par l'article L. 622-4 aux actes tendant à faciliter ou à tenter de faciliter l'entrée irrégulière sur le territoire français. Elle entraînerait des conséquences manifestement excessives. Par suite, il y a lieu de reporter*

Ma lo stesso *Conseil* non può esimersi, tuttavia, di sottolineare che, al fine di far cessare l'incostituzionalità a partire dalla pubblicazione della decisione, l'esenzione penale di cui al 3° dell'art. L. 622-4 del *Code* (aiuto al soggiorno irregolare) *deve* trovare applicazione anche a tutti gli atti che agevolino la circolazione in quanto "accessoria" al soggiorno di uno straniero in situazione irregolare in Francia, sempre che questi atti siano posti in essere per ragioni umanitarie ed esclusi quelli riguardanti l'ingresso sul territorio<sup>21</sup>.

Pur non entrando a far parte del dispositivo, tale precisazione nella sostanza è più che una mera indicazione di principio (diretta non solo al legislatore, ma anche a tutti gli operatori giuridici, compresi i giudici comuni), essendo assimilabile nel suo contenuto ad una additiva che traccia linee ben definite per rendere le disposizioni dichiarate incostituzionali (ma non ancora abrogate) immediatamente conformi a Costituzione. Si tratta, a ben vedere, di una "additiva transitoria", in attesa dell'intervento del legislatore.

Il modo di operare del *Conseil*, ultimo tra gli organi di giustizia costituzionale europei ad effettuare un controllo di costituzionalità in concreto ed *a posteriori* per ragioni storiche e ideologiche<sup>22</sup>, conferma una volta di più, sul piano pratico, che le Corti costituzionali non possono svolgere il loro ruolo come se fossero dei meri "legislatori negativi", seguendo un'impostazione rigidamente kelseniana<sup>23</sup>. Tale conclusione è valida anche in campo penale, laddove l'unico vero vincolo risulta essere quello di non poter allargare, attraverso una pronuncia di incostituzionalità, l'ambito di applicabilità di una fattispecie criminosa nel suo contenuto afflittivo.

Resta ovviamente fermo il potere del legislatore di rivedere interamente la normativa, nel pieno esercizio della discrezionalità che non è invece ravvisabile nelle Corti costituzionali: queste ultime possono lavorare su un prodotto definito, annullandolo o rendendolo conforme a Costituzione attraverso l'interpretazione o le tecniche manipolatorie; mentre il legislatore può riscrivere *ex novo* le regole, sulla base di una completa rivisitazione della materia dettata da nuove valutazioni politiche, sempre che resistano all'eventuale controllo successivo di ragionevolezza.

L'aspetto significativo è che anche in Francia sembra essere ormai acquisita quella «complessa interazione tra funzione normativa del legislatore e funzione di

---

au 1er décembre 2018 la date de l'abrogation des dispositions contestées».

<sup>21</sup> Punto 24: «Afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger que l'exemption pénale prévue au 3° de l'article L. 622-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile doit s'appliquer également aux actes tendant à faciliter ou à tenter de faciliter, hormis l'entrée sur le territoire, la circulation constituant l'accessoire du séjour d'un étranger en situation irrégulière en France lorsque ces actes sont réalisés dans un but humanitaire».

<sup>22</sup> Si rinvia alla nota n. 11 nonché a P. PASSAGLIA, *La Costituzione dinamica. Quinta repubblica e tradizione costituzionale francese*, cit., 215 ss.

<sup>23</sup> Su questi aspetti, con particolare riferimento al diritto penale, si veda da ultimo F. VIGANÒ, *Constitutional Courts as Negative Legislators? Some Thoughts on the Italian Experience from a Criminal Law Scholar's Perspective*, testo ampliato dell'intervento tenuto a Praga il 14 giugno 2018, in corso di pubblicazione sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

garanzia del giudice delle leggi» che tende ad assicurare l'effettività "in senso costituzionale" della tutela dei diritti fondamentali<sup>24</sup>.

Non è inutile evidenziare la pronta risposta del legislatore francese, il quale, con legge approvata il 1° agosto 2018 – *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie* – già validata dal *Conseil* con decisione n. 2018-770 DC del 6 settembre 2018<sup>25</sup>, ha recepito le indicazioni del *Conseil* stesso con la decisione in commento, estendendo l'esenzione da pena al reato di aiuto alla circolazione irregolare dello straniero.

L'effetto della pronuncia dei *Sages* si è ovviamente riverberato anche nel giudizio *a quo*, con una sentenza della Corte di Cassazione (12 dicembre 2018, n. 2923) di annullamento parziale della condanna subita dai ricorrenti in sede di appello<sup>26</sup>.

#### 4. Osservazioni conclusive.

In conclusione, il *Conseil* ha per la prima volta conferito effettività al principio costituzionale della *fraternité*<sup>27</sup>, spesso considerato un "principio dimenticato"<sup>28</sup>, che adesso acquista piena dignità accanto alla *liberté* e alla *égalité*: le tre componenti della *devise* repubblicana, come è stato osservato, non si pongono in rapporto di gerarchia ma di reciproca e feconda interazione<sup>29</sup>.

Ancor più emblematico appare il ruolo giocato dalla *fraternité* in una materia – quella dell'immigrazione e dei rifugiati – nella quale si registra una crisi a livello europeo per la prevalenza dell'approccio intergovernativo, a scapito del principio di solidarietà

---

<sup>24</sup> G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, 12, il quale, nel rilevare la necessità di un allineamento verso l'alto del grado di effettività dei diritti fondamentali, nel quadro della tutela multilivello, richiama le due principali tecniche di integrazione del diritto vigente, che si giustificano per il fine di rimediare a deficit di effettività: l'interpretazione conforme alla Costituzione da parte dei giudici *a quibus* e l'emanazione di sentenze "manipolative" da parte della Corte costituzionale.

<sup>25</sup> Decisione consultabile a questo [link](#).

<sup>26</sup> La notizia è riportata da L. Leroux su *Le Monde* del 14 dicembre 2018, pag. 7 (*Cedric Herrou: le «principe de fraternité» validé par la justice*). La sentenza è reperibile a questo [link](#).

<sup>27</sup> Cfr. M. BORGETTO, *Sur le principe constitutionnel de fraternité*, in *RDLF (Revue de Droit et libertés fondamentaux)*, cit.: «il ne fait guère de doute que la fraternité doit se saisir comme un principe de valeur constitutionnelle: c'est-à-dire comme un principe dont il ne saurait être question de contester aussi bien la juridicité que la constitutionnalité».

<sup>28</sup> A.M. BAGGIO (a cura di), *Il principio dimenticato. La fraternità nella riflessione politologica contemporanea*, Città Nuova, Roma, 2007.

<sup>29</sup> Cfr. G. CANIVET, *La fraternité dans le droit constitutionnel français*, in [www.conseil-constitutionnel.fr/la-fraternite-dans-le-droit-constitutionnel-francais](http://www.conseil-constitutionnel.fr/la-fraternite-dans-le-droit-constitutionnel-francais), 2011, per il quale «la devise trilogique de la République française: «liberté, égalité, fraternité», [...] chacune de ses composantes n'était ni hiérarchisable avec chacune des deux autres ni séparable d'elles. D'un côté, la fraternité ne saurait exister qu'entre des hommes libres et égaux, de l'autre, la liberté et l'égalité ne sauraient subsister dans une société où la fraternité serait ignorée». E ancora: «Il semble donc suffisamment démontré que le troisième terme de la devise, à l'instar des deux autres est introduit dans la hiérarchie des normes. Inscrit dans la Constitution comme un principe actif, il inspire, guide et encadre l'élaboration de la loi. A partir de là, c'est la jurisprudence du juge constitutionnel, le Conseil constitutionnel qui lui a donné toute sa fertilité».

degli Stati membri ex art. 80 TFUE<sup>30</sup>. Si tratta di una prima, importante e positiva risposta alla risoluzione non legislativa approvata dal Parlamento europeo il 5 luglio 2018, con la quale i deputati hanno espresso preoccupazione per le “conseguenze indesiderate” della legislazione UE (in particolare la direttiva n. 90 del 2002)<sup>31</sup> sull’aiuto ai migranti irregolari per i cittadini che forniscono loro assistenza umanitaria.

Questo fondamentale principio, peraltro, ha già trovato un significativo riconoscimento proprio in sede europea, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale, nella nota sentenza sul *burqa* e sul *niqab*<sup>32</sup>, ha ritenuto non contrastante con l’art. 9 Cedu la *Loi* n. 2010-1192 (*interdisant la dissimulation du visage dans l’espace public*), riconoscendo alla Francia un ampio margine di apprezzamento e giustificando la limitazione della libertà di manifestare la religione – nel caso di specie esercitato con l’uso di un particolare abbigliamento – non tanto con riferimento alla dignità o all’uguaglianza o alla sicurezza pubblica, quanto alle esigenze del *vivre ensemble*, discendenti dal principio di *fraternité*.

Le stesse esigenze alla base del principio di *fraternité* – che opera in una doppia dimensione: quella collettiva e quella individuale<sup>33</sup> (entrambe toccate dalla crisi in atto) – si riscontrano nella nostra “solidarietà”, un principio costituzionale volto a scardinare barriere, a congiungere, a esigere il riconoscimento reciproco<sup>34</sup>; un principio posto dalla

<sup>30</sup> Art. 80 TFUE: «Le politiche dell’Unione di cui al presente capo [politiche relative ai controlli alle frontiere, all’asilo e all’immigrazione] e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniquale volta necessario, gli atti dell’Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell’applicazione di tale principio». Su questi aspetti si veda C. FAVILLI, *La politica dell’Unione in materia di immigrazione e asilo. Carenze strutturali e antagonismi tra gli Stati membri*, in *Quad. cost.*, 2/2018, 361 e ss.; G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell’Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Cacucci, Bari, 2018; cfr. anche M. SAVINO (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell’Unione europea nella conclusione e nell’esecuzione di “accordo” per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2018, 5 e ss.; A. SACCUCCI, *Il divieto di espulsioni collettive di stranieri in situazioni di emergenza migratoria*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2018, 29 e ss. Sul piano storico è utile citare J. LE GOFF, *Il Medioevo. Alle origini dell’identità europea*, Laterza, Roma-Bari, 2017 (17esima ed.), 9, il quale ricorda che il fenomeno in questione è antico quanto la Storia e che le ondate migratorie, la diversità culturale e il meticciato hanno caratterizzato la stessa identità europea.

<sup>31</sup> L’art. 1 della direttiva in questione così dispone: «1. Ciascuno Stato membro adotta sanzioni appropriate: a) nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all’ingresso o al transito degli stranieri; b) nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti, a scopo di lucro, una persona che non sia cittadino di uno Stato membro a soggiornare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa al soggiorno degli stranieri. 2. Ciascuno Stato membro può decidere di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a), applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata» (in G.U.C.E., 5 dicembre 2002).

<sup>32</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, *Grande Chambre, Affaire S.A.S. c. France (requête 43835/11, sentenza 1° luglio 2014)*.

<sup>33</sup> Cfr. J.C. COLLIARD, *Liberté, égalité, fraternité*, in *L’État de droit: mélanges en l’honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996. Per una indagine filosofica si veda E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari, 2016.

<sup>34</sup> S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, 4. Si veda anche F. PIZZOLATO, *Appunti sul principio di fraternità nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*,

Costituzione italiana tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente<sup>35</sup>; un principio costitutivo, in ultima analisi, di una società umana e democratica<sup>36</sup> e alla luce del quale occorrerebbe trovare la via d'uscita all'attuale crisi sulla questione migratoria<sup>37</sup>.

---

2001, 745-806; ID., *La fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, in A.M. Baggio (a cura di), *Il principio dimenticato. La fraternità nella riflessione politologica contemporanea*, cit., 211 e ss.

<sup>35</sup> In questi termini Corte cost., 28 febbraio 1992, n. 75. È dunque anche sulla *fraternité* o sulla solidarietà che si fonda l'ordine pubblico inteso in senso ideale (o immateriale): secondo L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Novissimo digesto italiano*, XII, Torino, 1965, 130, tale nozione individua «il sistema coerente ed unitario di valori e di principi» su cui si basa l'ordinamento giuridico; in senso analogo V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di G.M. De Francesco*, Milano, 1957, 276 ss. Sulla nozione di ordine pubblico si vedano anche A. CERRI, *Ordine pubblico (Diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXV, Roma, 1991, e F. ANGELINI, *Ordine pubblico*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006, IV, 3998.

<sup>36</sup> Ancora S. RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., 138.

<sup>37</sup> Come suggerisce Z. BAUMAN, *Strangers at Our Door*, Polity Press Ltd, Cambridge, 2016, trad. it. *Stranieri alle porte*, RCS, 2018, 17. Nello stesso senso G. CANIVET, *La fraternité dans le droit constitutionnel français*, cit.: «Que ce soit sur le plan interne ou dans l'espace international ou à l'interface des deux que constitue l'immigration, le droit est pressé de reconsidérer la valeur de fraternité afin d'agir sur une réalité tragique et rénover le système de droit». In argomento si veda anche M. AGIER, *Gérer les indésiderables. Des camps de réfugiés au gouvernement humanitaire*, Flammarion, Paris, 2008. Per una riflessione filosofica in tema: F. GAMBETTI, P. MASTRANTONIO, G. OTTAVIANO (a cura di), *Migrazioni. Responsabilità della filosofia e sfide globali*, Atti del XXXIX Congresso Nazionale della Società Filosofica Italiana, Diogene Multimedia, Bologna, 2017; M. CUONO, P. MINDUS, *Verso una teoria del diritto per l'età delle migrazioni di massa. Una tipologia del potere arbitrario*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1/2018, 11 ss.